

Den Bundestag ernst nehmen: Voraussetzungen für Ausgangsbeschränkungen nach dem IfSG

Ruth Weber

2021-03-02T11:20:30



von

[JOHANNES KLUG](#)

Zur Bekämpfung von COVID-19 wurden in mehreren Ländern auf Grundlage des § 28a Abs. 2 IfSG Ausgangsbeschränkungen erlassen. Die Gerichte legen diese Ermächtigungsgrundlage unterschiedlich aus. Um den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts gerecht zu werden, ist das politische Programm zu ermitteln, das in der Vorschrift niedergelegt ist, um ihr konkrete Tatbestandsvoraussetzungen zu entnehmen.

[§ 28a Abs. 1 IfSG](#) zählt siebzehn mögliche Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 auf, darunter Ausgangsbeschränkungen im öffentlichen Raum (Nr. 3), Beschränkungen in der Wirtschaft (Nr. 12-14) und die Schließung von Schulen und KiTas (Nr. 16). Nach Abs. 2 sind Ausgangsbeschränkungen, die das Verlassen der Wohnung an bestimmte Bedingungen knüpfen, und das Verbot von

Gottesdiensten, Demonstrationen und Besuchen in Altenheimen (im Folgenden: Maßnahmen nach Abs. 2) nur *zulässig, wenn auch bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen muss eine wirksame Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 erheblich gefährdet wäre.*

Wie ist diese zusätzliche Voraussetzung konkret auszulegen? § 28a IfSG wurde am [18.11.20](#) eingefügt, um der Kritik aus [Rechtsprechung](#) und [Literatur](#) zu begegnen, dass der bisher als Rechtsgrundlage der Maßnahmen gegen COVID-19 herangezogene [§ 28 Abs. 1 S. 1 IfSG](#) nicht dem Parlamentsvorbehalt genüge, dessen Umfang durch die sog. Wesentlichkeitstheorie bestimmt ist. Ebenso würde § 32 Satz 1 iVm § 28–31 IfSG, nach dem die Beschränkungen als Rechtsverordnungen erlassen werden können, nicht dem verordnungsspezifischen Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG gerecht.

Nach dem allgemeinen [Gesetzesvorbehalt](#) muss der [parlamentarische Gesetzgeber wesentliche, für die Grundrechtsverwirklichung maßgebliche Regelungen selbst treffen und darf sie nicht anderen Normgebern oder der Exekutive überlassen](#). Das verordnungsspezifische Bestimmtheitsgebot hat – so das Bundesverfassungsgericht – den Sinn, [„das Parlament darin zu hindern, sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft zu entäußern. Es soll nicht einen Teil seiner Gesetzgebungsmacht der Exekutive übertragen können, ohne die Grenzen dieser Befugnis bedacht und diese nach Tendenz und Programm so genau umrissen zu haben, daß schon aus der Ermächtigung erkennbar und vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll.“](#)

Nach Kritik aus der [Literatur](#) am Koalitionsentwurf wurde der genannte Abs. 2 eingefügt. Über dessen Tatbestand hat sich der Parlamentsgesetzgeber keine Vorstellung gebildet. Im [Ausschussbeschluss](#) (S. 73) heißt es allein, es bestünden „qualifizierte Voraussetzungen“. Nach dem [Bayerischen VGH](#) räume die schließlich verabschiedete Fassung die bisherigen verfassungsrechtlichen Zweifel aus (Rn. 33).

Auslegung des § 28a Abs. 2 IfSG durch die Gerichte

Von den Gerichten, die mit den ab Dezember 2020 in [Baden-Württemberg](#), [Bayern](#) und in mehreren Landkreisen anderer Länder geltenden Ausgangsbeschränkungen befasst waren, wurde § 28a Abs. 2 IfSG sehr unterschiedlich ausgelegt.

Der [Bayerische VGH](#) fordert eine Gefahrenprognose, die sich im Wesentlichen an der absoluten Höhe der Inzidenzzahlen orientiert (Rn. 28 ff.), ähnlich stellt das VG Düsseldorf ([Rn. 10](#) und [Rn. 17](#)) auf die 7-Tages-Inzidenz-Schwelle von 50 aus § 28a Abs. 3 IfSG ab. Der VGH Baden-Württemberg geht in seiner [Entscheidung](#) vom 18.12.20 überhaupt nicht auf den Tatbestand des § 28a Abs. 2 ein (Rn. 29), ebenso das [VG Aachen](#); das [VG Karlsruhe](#) lässt ihn in der Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgehen (Rn. 34). In seiner [Entscheidung](#) vom 5.2.21 legt der VGH Baden-Württemberg dann den Tatbestand des § 28a Abs. 2 Satz 1 dahingehend aus, dass das Unterlassen der Maßnahmen nach § 28a Abs. 2 auch unter Berücksichtigung aller anderen ergriffenen Maßnahmen „zu einer wesentlichen Verschlechterung des Infektionsgeschehens führen“ müsste, was das Land nicht darlegen habe können.

Verfassungsgemäße Auslegung des § 28a Abs. 2 IfSG

Wie können die Anforderungen des Parlamentsvorbehalts und des Bestimmtheitsgebots des Art. 80 GG konkretisiert werden? Statt die Frage allein an der Grundrechtsintensität der Maßnahme auszurichten, bietet die Wurzel des Parlamentsvorbehalts im Demokratieprinzip einen konkreteren Maßstab: „Wesentlich sollte [nach dem Demokratieprinzip] gerade auch das sein, was politisch kontrovers ist.“ (Volkman NJW 2020, 3153 Rn. 40, vgl. auch [Verfassungsblog](#)). Ebenso zeichnet sich das „Programm“, das das Parlament dem Ordnungsgeber vorlegen muss, dadurch aus, dass es eine politische Entscheidung unter mehreren möglichen Gestaltungen trifft, der sich das Parlament nicht entziehen darf.

Politisch besonders umstritten sind zurzeit – Ende Februar 2021 – vor allem zwei Fragen. [Erstens](#): Sollen auch bei niedrigen Inzidenzen strenge Schutzmaßnahmen angewendet werden, um das Virus (lokal) auszurotten? [Zweitens](#): In welcher Reihenfolge sollen die ergriffenen Maßnahmen zurückgenommen werden? Politisch drängt sich der Verdacht auf, dass der Bundestag im November 2020 die Beantwortung dieser Fragen vermeiden und dem Ordnungsgeber überlassen wollte. Würde man den § 28a IfSG so auslegen, dass diese Fragen gänzlich unbeantwortet blieben, wäre er verfassungswidrig. Sofern sich aber eine Auslegungsmöglichkeit ergibt, die die Anforderungen der Verfassung erfüllt, ist diese vorzuziehen. Im Folgenden soll ausschließlich beleuchtet werden, was dies für den Tatbestand des Abs. 2 bedeutet.

Erstens: Sind Ausgangssperren auch bei niedrigen Inzidenzen zulässig?

Wie von [Hofmann](#) beschrieben, sind die Inzidenzgrenzen des Abs. 3 ungeeignet, die Voraussetzungen des Abs. 2 zu bestimmen. Auch der VGH Baden-Württemberg wendet die Inzidenzgrenzen des Abs. 3 nur an, um zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen landeseinheitliche Regelungen getroffen werden dürfen (Rn. 39–57). § 28a Abs. 2 spricht selbst von der erheblichen Gefährdung der „Eindämmung“ von COVID-19. In der [Epidemiologie](#) wird bei Epidemien zwischen der Eindämmungsstrategie (Infektionsquellen identifizieren und weitere Ansteckungen verhindern), der Schutzstrategie (vulnerable Gruppen schützen) und der Folgenminderungsstrategie (die Funktionsfähigkeit der Daseinsvorsorge erhalten) unterschieden. Auch dieser dünne Wortlautbefund muss als parlamentarische Entscheidung ernst genommen werden. Danach sind Maßnahmen nach Abs. 2 solange tatbestandlich zulässig, bis die Eindämmungsphase erreicht ist, das heißt die meisten Infektionen einem Ausbruchsgeschehen zuordenbar sind. Dies steht der Auslegung des VGH Baden-Württemberg entgegen, der tatbestandlich voraussetzt, dass Ausgangsbeschränkungen nachweisbar als Einzelmaßnahme eine besondere Wirksamkeit haben müssen. Der Gesetzgeber, dessen Ziel die „Eindämmung“ der Krankheit ist, wollte jedoch diese Bürde der Verwaltung gerade nicht auferlegen, sie ergibt sich allenfalls aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Zweitens: Welche Maßnahmen sind vorrangig zu treffen bzw. zurückzunehmen?

Diese Frage wird nicht durch die allgemeine Erforderlichkeitsprüfung vorweggenommen, weil die (meisten) Maßnahmen nach § 28a Abs. 1 und Abs. 2 IfSG sich nicht eindimensional nach der Grundrechtsintensität ordnen lassen: Beschränkungen in der Wirtschaft greifen in die Berufsfreiheit und ggf. die Eigentumsfreiheit ein, während Ausgangsbeschränkungen in die Freiheit der Person eingreifen. Entsprechend stellen die Maßnahmen nach Abs. 1 nicht zwangsläufig „mildere Mittel“ zu denen nach Abs. 2 dar.

§ 28a Abs. 2 IfSG setzt voraus, dass die Gefährdung der Eindämmung „auch bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen“ besteht. Wörtlich genommen hieße das, dass der Ordnungsgeber Maßnahmen nach Abs. 2 erlassen könnte, ohne zuvor eine einzige Maßnahme nach Abs. 1 getroffen zu haben. Verfassungsrechtlich geboten ist aber eine Auslegung des § 28a, die eine Maßnahmenreihenfolge vorgibt: Eine Maßnahme nach Abs. 2 kann daher nur dann zulässig sein, wenn es keine verhältnismäßige Maßnahme nach Abs. 1 gibt, die nach dem gegenwärtigen wissenschaftlichen Konsens einen gewissen Nutzen für die Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 hat.

Konsequenzen

Wirksame Maßnahmen nach Abs. 1 sind jedenfalls die Schließung von [weiterführenden Schulen](#) und Beschränkungen in der Wirtschaft, die die Mobilität der Menschen reduzieren.

Nach der hier vertretenen Auslegung waren daher die Ausgangsbeschränkungen in Baden-Württemberg, die ab dem 12. Dezember galten, bis zum 16. Dezember, als Schulen und Geschäfte geschlossen wurden, nicht von der Ermächtigungsgrundlage der § 32 Satz 1 iVm § 28a Abs. 2 IfSG gedeckt. Anfang Februar, als die Schulen geschlossen waren und die meisten Infektionen keinem Ausbruch [zuordenbar](#) waren, lagen entgegen der Auslegung des VGH die tatbestandlichen Voraussetzungen von Ausgangsbeschränkungen vor, allenfalls waren sie im Einzelnen unverhältnismäßig.

Gegenwärtig gelten in Baden-Württemberg in Landkreisen ab einer [Inzidenz von 50](#) durch Allgemeinverfügung erlassene nächtliche Ausgangssperren. In Bayern gelten tagsüber weiterhin [Ausgangsbeschränkungen](#), in Landkreisen mit einer Inzidenz größer 100 auch nächtliche [Ausgangssperren](#). Dennoch wurden in beiden Ländern die Schulen am 22. Februar [teilweise geöffnet](#) (in Bayern in Landkreisen mit einer Inzidenz über 100 nur für [Abschlussklassen](#)). Diese Öffnungsmaßnahmen und erst recht die Öffnung der Friseure am 1. März lassen die Tatbestandsvoraussetzungen der Ausgangsbeschränkungen entfallen.

Zitiervorschlag: Johannes Klug, Den Bundestag ernst nehmen: Voraussetzungen für Ausgangsbeschränkungen nach dem IfSG, JuWissBlog Nr. 23/2021 v. 02.03.2021, <https://www.juwiss.de/23-2021/>.



Dieses Werk ist lizenziert unter einer [Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

.pf-button.pf-button-excerpt { display: none; }

